



Bolesław Banaszkiwicz

Demokracja pod specjalnym nadzorem

Uwagi o sędziowskim aktywizmie i granicach zmian konstytucji



Bolesław Banaszkiwicz

Dr nauk prawnych; w latach 2002–2006 dyrektor Zespołu Orzecznictwa i Studiów w Biurze Trybunału Konstytucyjnego, w latach 2006–2007 wiceprzewodniczący Rady Legislacyjnej przy Prezisie Rady Ministrów i redaktor naczelny kwartalnika „Przegląd Legislacyjny”.

Closely Watched Democracy: Some Remarks on Judicial Activism and Limits of Constitution Revisions

Referring to the decision of the Constitutional Court of the Czech Republic described in the same issue by Zdeněk Koudelka the author considers the decision a model example of judicial activism (JA). Mainly in the context of Polish experiences, he analyses the specific syndrome of political JA.

The area in which JA can manifest itself with all its might is the constitutional jurisdiction with its role of the controller of law constitutionality. However, it is also visible for instance in these decisions of the European Court of Human Rights from which parliaments and governments of the European democratic countries learned with disbelief that the negotiated, signed and ratified Convention results in a ban on practices which at the moment of concluding the Convention were in these countries regarded as normal and obvious.

Political JA should not be regarded as an absolute evil. Exceptionally, it can be justified, e.g. if it is to save human beings (preventing from the abortion legalization) or to protect the democracy from its eliminating on a legal way or to protect from other form of an evident “tyranny of the majority”. However, the opportunities to act like this are extremely rare in the democratic system, and the cases of „an everyday” political JA are much less convincing although their official and unofficial justification tends to indicate the threats which the disputable decision would eliminate. Hans Kelsen, the author of a Central European model of the constitutional jurisdiction, has warned against certain forms of political JA. The author also wonders whether the Polish Constitution would allow for any arbitrary amendments to its wording, or whether the Constitutional Tribunal could invalidate some amendments although the required procedure of their introduction was kept if they infringe “the unchangeable material core of the constitution”. Regardless of lack of the explicit indications in the text of the Polish Constitution, the idea of a limited competence of the constitutional lawmaker has a reasonable justification and deserves a comprehensive discussion.



Dyskusja o tym, jak dalece sędziowska wykładnia ogólnych klauzul konstytucji może unieważniać wolę powszechną wyrażaną przez demokratycznie wybranych przedstawicieli ludu, ewentualnie przez sam lud w referendum, od czasu do czasu ożywa w państwach, w których istnieje sąd posiadający kompetencję do uchylania przepisów prawa. Ale chyba jeszcze nigdzie trybunałowi nie udało się zwrócić uwagi na ten problem w sposób tak spektakularny, jak to we wrześniu 2009 r. zdarzyło się u naszych południowych sąsiadów. Wydany w toku kampanii wyborczej, w superekspresowym tempie, werdykt czeskiego trybunału, o którym pisze w tym numerze Zdeněk Koudelka, wstrząsnął republiką, odsuwając na dalszy plan wszystkie inne sprawy. Przez kilkana-

Czeski kazus jest z kilku powodów przypadkiem sędziowskiego aktywizmu skrajnym, a przez to poniekąd modelowym. Trybunał zakwestionował konsensus wypracowany z udziałem reprezentowanych w parlamencie sił politycznych i głowy państwa. Uchylił przyjęty kwalifikowaną większością głosów akt rangi konstytucyjnej ze względu na jego treść. Swoim werdyktem przekreślającym rozpisane już przedterminowe wybory parlamentarne skorygował plan funkcjonowania państwa ustalony przez powołane do tego organy i wpłynął na wynik wyborów parlamentarnych. Oznajmił wyborcom, że w wyznaczonym wcześniej terminie głosowania lokale wyborcze będą zamknięte, a zarejestrowanym kandydatom na posłów – że ich kandydatury są nieaktualne. Za-

Czeski kazus jest z kilku powodów przypadkiem sędziowskiego aktywizmu skrajnym, a przez to poniekąd modelowym.

ście dni nazwa trybunału była na wszystkie sposoby odmieniana przez polityków, dziennikarzy, politologów, prawników. „Bomba atomowa wrzucona przez sędziów do polityki”, „akt pogardy wobec demokracji”, „konstytucyjny pucz” – takie opinie można było usłyszeć z ust polityków i publicystów. Ekspertci prawa konstytucyjnego, jak to często bywa, podzielili się na kilka obozów. Prezydent Klaus, od dawna znany jako krytyk sędziowskiego aktywizmu, i tym razem nie szczędził cierpkich uwag, by po roku wręcz stwierdzić przed nowo wybraną Izbą Poselską, że kontynuowanie dotychczasowej roli Sądu Konstytucyjnego grozi „erozją demokracji”, i wezwać do „zredefiniowania” jego statusu¹.

1 W orędziu wygłoszonym w Izbie Polskiej 7 września 2010 r. Václav Klaus mówił także: „Demokracja będzie niszczone, jeśli będzie trwał trend, który w ostatnich latach obserwujemy w naszym kraju i w całej Europie: że różne gremia sądowe uzurpują sobie większą część władzy, niż im przysługuje”. Postulowane przez niego „zredefiniowanie” statusu SK ma położyć kres sytuacji, że organ ten funkcjonuje jako „swego rodzaju trzecia – i często decydująca, ponieważ już

kwestionował wykładnię konstytucji mającą oparcie w dotychczasowej praktyce ustrojowej, a swoją interpretację oparł na koncepcji teoretycznej, która nie była przedmiotem prawniczej *communis opinio*. Do uchylecia ustawy konstytucyjnej doszło trybie, który może nasuwać wątpliwości z dogmatycznego punktu widzenia. Rozstrzygnięcie nie zapadło jednomyślnie, a jego trafność jest kwestionowana w zdaniach odrębnych.

W orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego nie znajdziemy na razie tak ostrych przypadków aktywizmu, ale przypadków łagodniejszych było już sporo. Po okresie aprobaty dla pionierskiej

przez nikogo niekontrolowana – izba parlamentu”. Za drugie zagrożenie demokracji czeski prezydent uważa redukcję władzy narodowego parlamentu do roli „pasa transmisyjnego” w procesie wdrażania norm Unii Europejskiej, za czym często kryją się „usiłowania niektórych naszych polityków, aby do czeskiego porządku prawnego wprowadzić elementy, które w normalnej procedurze parlamentarnej nie miałyby szansy przyjęcia”. Pełny tekst w oryginale: <http://www.hrad.cz/cs/prezident-cr/soucasny-prezident-cr-vaclav-klaus/vybrane-projevy-a-rozhovory/163.shtm> (wszystkie odesłania do stron internetowych według dostępu z 20 września 2010).

roli TK w ugruntowywaniu w porządku prawnym RP standardów wywodzonych z idei rządów prawa, ograniczających polityczną swobodę prawodawcy i zapewniających swego rodzaju autonomię prawa wobec polityki, coraz wyraźniej dostrzega się napięcie między zbyt kreatywną sędziowską wykładnią konstytucji dokonywaną w niektórych sprawach a ideą demokracji (rządów ludu) i zasadą podziału władz². W tym kontekście pada czasem właśnie hasło „aktywizm sędziowski”³ (dalej: a.s.).

Przy braku lepszej, rodzimej nazwy dla syndromu, o którym mowa, powyższe określenie, zapożyczone z doktryny i publicystyki anglosaskiej (*judicial activism*), wydaje się pożyteczne, ale pod warunkiem, że nie będziemy zbyt ulegać

Syndromu a.s. nie kojarzyłbym z przesadną aktywnością *tout court* i nie przeciwstawiłbym mu pojęcia pasywizmu, które użytkownikowi polszczyzny może kojarzyć się raczej z naganną bezczynnością czy indolencją sądu. W kręgu anglosaskim za pojęciowe przeciwieństwo a.s. uważa się sędziowską powściągliwość (*judicial restraint*), która bywa uważana za cnotę i jest zgoła czym innym niż biernością czy opieszałością. Syndrom a.s. należy upatrywać nie tyle w jakiejś nadmiernej aktywności sędziego, ile w wykraczaniu przezeń poza ten obszar jego władzy, który jest akceptowany jako oczywisty, i wchodzeniu na teren, który bywa uznawany już za domenę zastrzeżoną dla demokratycznie legitymowanej władzy ustawodawczej, w celu przeforsowania politycznych⁴

W polskim piśmiennictwie często używa się, z lekka kulejącej, metafory sądu konstytucyjnego jako trzeciej izby parlamentu.

polskim konotacjom rzeczownika „aktywizm” i postaramy się uchwycić specyficzny syndrom, nie zaś poszczególne symptomy. Te mogą bowiem składać się na obraz bardzo różnych zjawisk, tak jak gorączka może towarzyszyć wielu różnym chorobom, jak i procesom ozdrowieńczym.

2 W polskim piśmiennictwie często używa się, z lekka kulejącej, metafory sądu konstytucyjnego jako trzeciej izby parlamentu. Metafora ta od wielu lat krąży po Europie, o czym świadczy nie tylko przytoczona wyżej niedawna wypowiedź prezydenta Klausea, lecz także np. artykuł o politycznej roli francuskiej Rady Konstytucyjnej: A. Stone, *Where judicial politics are legislative politics: the French Constitutional Council*, „West European Politics” 1992, vol. 15, issue 3. Ciekawe byłoby ustalenie, kto jest jej autorem. To samo dotyczy bon motu o przekształcaniu państwa prawa w państwo prawników.

3 Polskiego czytelnika zainteresowanego filozoficzną i prawnoteoretyczną analizą problemu można odesłać przede wszystkim do kilku niedawno opublikowanych prac: A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008; L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, „Przeгляд Sejmowy” 2009, nr 4; W. Gromski, *Legitymizacja sądów konstytucyjnych wobec władzy ustawodawczej*, tamże.

preferencji, które pod takim czy innym względem są przeciwne do preferencji aktualnie wyrażanych przez lud czy przez jego demokratycznie wybranych przedstawicieli. Renomowany amerykański leksykon prawniczy tak oto definiuje a.s.: „a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions”, i zaznacza: „adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent”⁵. Podobnie autor znany z krytyki a.s. uprawianej z pozycji liberalnych wyodrębnia zjawisko „zastępowania poglądów większości parlamentarnej tym, co większość składu sądu konstytucyjnego uznaje za właściwą artykulację znaczenia prawa konstytucyjnego”,

4 Używam tu przymiotnika „polityczny” w znaczeniu ‘dotyczący spraw państwa, dobra wspólnego, ważnych spraw publicznych, interesów ogółu obywateli lub ich znaczących grup’, niekoniecznie więc w znaczeniu ‘związany ze zdobywaniem i sprawowaniem władzy publicznej’.

5 *Black’s Law Dictionary*, seventh ed., ed. in chief B. A. Garner, St. Paul, Minn. 1999, s. 850.

gdy „argumentacyjne możliwości” sądu pozwalają mu zarówno unieważnić, jak i utrzymać w mocy badany przepis⁶. Przytoczone ujęcia wydają się bliskie intuicji, że chodzi o korygowanie przez sędziów stanu w państwie wbrew stanowisku demokratycznego prawodawcy w sytuacji, gdy racje jurystyczne przemawiające za taką korektą nie są „twarde” i oczywiście, gdy prawniczemu rozumowaniu sędziego można przeciwstawić prawnicze rozumowanie prowadzące do przeciwnego rozstrzygnięcia.

Tak rozumiany a.s. należy odróżnić od przeciwnej skrajności, jaką jest swego rodzaju politycznie uwikłana hiperpowściągliwość – usprawiedliwianie przez sąd decyzji prawodawczych mimo dobrze uzasadnionych zarzutów ich niekonstytucyjności albo

niedoskonałych przepisów do potrzeb życia, uwspółcześnienie interpretacji ustaw pochodzących z innej epoki wobec zmienionych stosunków społecznych itp. Zabiegi takie mogą być – zależnie od specyfiki przypadku i punktu widzenia – aprobowane albo kwestionowane, ale dopóki można z nimi wiązać rodzaj domniemania, że gdyby demokratyczny prawodawca miał sam rozstrzygnąć dany problem, rozstrzygnąłby go tak, jak orzekł sąd, dopóty nie można mówić o politycznym aktywizmie sędziego. Nie widzę np. uzasadnienia, aby syndromu a.s. dopatrywać się w pozytywnej roli polskiego TK zwłaszcza w pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych, gdy precyzował i uszczegóławiał rozumienie zasad państwa prawnego i równości. Uznając pewną autonomiczność prawa wobec

Aktywizm jest w swej istocie czym innym niż niektóre znane postacie kreatywnego podejścia w sędziowskiej wykładni prawa.

umywanie rąk za pomocą dyskusyjnych prawniczo wybiegów natury formalnej. Oczywiście należy go też odróżnić od prowadzącej do tzw. szkolnych błędów w stosowaniu prawa nonszalancji wobec wymagań dogmatyki. Jest też w swej istocie czym innym niż niektóre znane postacie kreatywnego podejścia w sędziowskiej wykładni prawa. Mam tu na myśli przede wszystkim świadome i ambitne korzystanie przez sędziego, zgodnie z przyjmowanymi przezeń założeniami racjonalności i sprawiedliwości, z luzów interpretacyjnych i decyzyjnych pozostawionych mu przez prawodawcę. Mam też na myśli aktywność, którą w polskim piśmiennictwie zwykło się, głównie w odniesieniu do orzecznictwa w sprawach cywilnych, plakatoowo określać mianem prawotwórczej roli sądów, a w piśmiennictwie niemieckojęzycznym – *richterliche Rechtsfortbildung* czy *Richterrecht*, to znaczny dostosowywanie wykładni związanych lub

polityki, będącą jednym z uzasadnień nadrzędnej mocy obowiązującej konstytucji, nie użyłbym kwalifikacji „a.s.” wobec tych unieważniających ustawy werdyktów trybunału, w których niewątpliwe racje konstytucyjne zderzały się z doraźnym politycznym uporem parlamentarnej większości. Za odrębne od a.s. zjawisko uważam także to, co można by nazwać aktywizmem argumentacyjnym – skłonność do wzbogacania uzasadnień orzeczeń o nowatorskie konstrukcje teoretyczne, które są *in casu* niekonieczne z punktu widzenia ekonomii dostatecznego uzasadnienia, a mają ambicje wniesienia twórczego wkładu do nauki prawa, popularyzacji określonych idei lub tp.⁷; taki styl uzasadniania może zresztą iść w parze zarówno z a.s. we właściwym tego słowa znaczeniu, jak i z sę-

6 W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej* (przekład z wyd. angielskiego), tłum. P. Mleczko, Warszawa 2008, s. 142.

7 Przykładem może być głoszona przez nasz TK teza o potrzebie proeuropejskiej wykładni Konstytucji RP. We wszystkich sprawach, w których przyjmowano tę tezę, moim zdaniem można było dojść do identycznego rozstrzygnięcia bez odwoływania się w wykładni polskiej konstytucji do prawa europejskiego.

dziowską hiperpowściągliwością. Poza zakresem pojęcia a.s. proponuję ponadto pozostawić „aktywizm działań” (przeciwstawiany „aktywizmowi reguł i zasad”), polegający np. na wykraczaniu przez sąd poza jego obowiązki w postępowaniu dowodowym w celu udzielenia pomocy stronie słabszej czy na podejmowaniu wysiłków pojednawczych⁸.

Krótko mówiąc: sytuacje, że treść sędziowskiej decyzji i poprzedzające ją działania sądu nie są ściśle i bez reszty zdeterminowane przez „obiektywną” treść przepisów prawa, że rozumowanie prawnicze się odchyła czy wręcz oddala od „modelu sylogistycznego” w stronę „modelu argumentacyjnego”, występują w różnych postaciach, nie tylko w postaci

wskazywanych jako podstawa rozstrzygnięcia czy nasycenie rozumowania argumentami pozaprawnymi (filozoficznymi, politycznymi itp.). W praktyce zresztą często jest tak, że im bardziej „upolitycznione” i dyskusyjne z prawnodogmatycznego punktu widzenia rozstrzygnięcie, tym bardziej jest w jego uzasadnieniu rozbudowana argumentacja jurystyczna: buduje się misterny (co nie znaczy, że pozbawiony słabych punktów) schemat wynikania wniosku sędziego z przepisu przyjmowanego za podstawę rozstrzygnięcia, próbuje się obficie czerpać z wcześniejszego orzecznictwa, z materiału prawnoporównawczego itp.¹¹ Wytrawny aktywistyczny sędzia nie deklaruje przecież, że swoje rozumowanie opiera

Wytrawny aktywistyczny sędzia nie deklaruje przecież, że swoje rozumowanie opiera w istocie na pozaprawnych preferencjach ideologicznych, politycznych czy kulturowych.

politycznego aktywizmu. Tym bardziej należy podchodzić sceptycznie do prób określania a.s. w sposób niespecyficzny i „wszystkoistyczny”, np. takiej: „Aktywizm sądu najwyższego czy sądu konstytucyjnego rozumiemy z reguły jako jego wyjście poza rozstrzyganie konkretnych spraw i uczestnictwo w szeroko pojętym rozwiązywaniu problemów społecznych czy też w kształtowaniu koncepcji państwa”¹⁰.

Syndrom a.s. jest bardziej fenomenem ze sfery socjologii prawa niż warsztatu sędziego, a jego odzwierciedlenie w warsztatowej stronie orzekania jest zjawiskiem wtórnym. Z wielu powodów nie sposób, moim zdaniem, określić istoty a.s. za pomocą kryterium formalnych cech rozumowania wyłożonego w uzasadnieniu orzeczenia, takich jak brak dostatecznego oparcia rozumowania w brzmieniu przepisów

w istocie na pozaprawnych preferencjach ideologicznych, politycznych czy kulturowych, lecz przeciwnie – wykorzystuje swoją argumentacyjną giętkość i erudycję, swoją „boską sztukę interpretacji”¹² do wykazania, że jego werdykt podważający decyzję władzy ustawodawczej jest wynikiem wnikliwej prawniczej wykładni przepisów stanowiących tzw. wzorzec kontroli¹³. Ba, być może zdoła nawet wykazać, że tak jak nie ma w istocie ludzi zdrowych, a są tylko nie dość dokładnie zbadani, tak samo nie ma ustaw w pełni

8 Por. W. Gromski, dz. cyt., s. 19 i przytoczoną tam literaturę.

9 Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w troku przemian*, wyd. II, Warszawa 2000, s. 153–163.

10 B. Banaszak, *Aktywizm orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4, s. 75.

11 Rekordy bije wyrok polskiego TK z 11 maja 2005 r., sygn. K 2/07, dotyczący nowej ustawy lustracyjnej: wraz z uzasadnieniem (nie licząc zdań odrębnych) liczy on 288 znormalizowanych stron.

12 Określenia tego używam za Ewą Łętowską, *Boska sztuka interpretacji* [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka i in., Warszawa 2003.

13 Kilkanaście lat temu cytowany już Wojciech Sadurski jako publicysta „Rzeczpospolitej” ironizował, że nasz TK potrafiłby finezyjnie wywieść swój aktywistyczny werdykt z dowolnego przepisu konstytucji, np. tego, że Warszawa jest stolicą Polski.

zgodnych z konstytucją, lecz są najwyżej takie, które nie zostały dostatecznie wnikliwie przeanalizowane za pomocą sędziowskiego szkiełka i oka.

Sądzę, że z syndromem a.s. mamy do czynienia, gdy występują łącznie następujące symptomy:

a) orzeczenie nie rozstrzyga (tylko) jednostkowej sprawy, lecz wprowadza istotną korektę w funkcjonowaniu państwa lub w sytuacji znaczącej grupy podmiotów; b) korekta ta wyraża preferencje przeciwne do tych, które wyrażają się w decyzjach podjętych w demokratycznych procedurach, uwzględnia racje, które w danej sytuacji nie mają wystarczającej „siły przebicia” w elektoracie i parlamencie; c) orzeczenie nie jest oczywistą konsekwencją brzmienia przepisów stanowiących jego formalną podstawę, przyjęta przez sąd ich wykładnia nie opiera się też na ugruntowanej prawniczej *communis opinio* i może być uznana za prawniczo dyskusyjną, ponieważ na rzecz wykładni przeciwnej (też) można znaleźć prawniczo akceptowalne argumenty. Dodajmy, że w przypadkach a.s. często do przyjętej przez sąd wykładni nie są przekonani nawet wszyscy członkowie składu orzekającego, co czasem znajduje wyraz w zdaniach odrębnych.

Jak bardzo różne mogą być sędziowskie interpretacje wzorca kontroli w jednej i tej samej sprawie, doskonale pokazuje rozstrzygnięty przez polski TK w roku 2003 kazu ograniczenia zakresu podmiotowego lustracji¹⁴. Wygrawszy wybory, SLD przevorsował zmianę ustawy lustracyjnej, znosząc obowiązek składania oświadczeń przez byłych tajnych informatorów służb wywiadu, kontrwywiadu i ochrony granic PRL. Trybunał większością głosów zmianę tę unieważnił. Uważny czytelnik wyroku, jego uzasadnienia i zdań odrębnych dowie się, że za pomocą wyrafinowanych rozumowań prawniczych z Konstytucji RP można jednocześnie wyprowadzić następujące trzy wnioski: a) nie wystarczy wygrać wybory parlamentarne, aby mieć legitymację do uchwalenia zakwestionowanego ograniczenia lustracji, ponieważ polska konstytucja *implicite* wymaga lustrowania wspomianej kategorii osób (stanowisko większości składu orzekającego); b) nie ma dostatecznych podstaw do odstąpienia od domniemania konstytucyjności badanej zmiany, złasz-

14 Wyrok z 28 maja 2003 r., sygn. K 44/02, ze zdaniami odrębnymi czworga sędziów.

cza że ma ona charakter liberalizujący (wspólne zdanie odrębne trojga sędziów); c) cała instytucja lustracji jest niezgodna z konstytucją, a tym samym zaskarżone jej ograniczenie zawęży pole niekonstytucyjności, jest więc z konstytucją zgodne (zdanie odrębne jednego sędziego). Jak widać, z jednym aktywizmem można polemizować przez postulowanie innego, radykalnie zmierzającego w przeciwnym kierunku.

Z natury rzeczy przestrzonię, w której a.s. może objawiać się z całą siłą, jest sądownictwo konstytucyjne w swojej roli kontrolera konstytucyjności ustaw. Ale a.s. ma się doskonale także np. w orzecznictwie sądów nieodwoalnie orzekających o politycznie wrażliwych sprawach indywidualnych, jeżeli wyrok ma *de facto* lub *de iure* znaczenie precedensu. Można by tu wskazać choćby te orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, z których parlamenty i rządy demokratycznych państw europejskich dowiadują się, że z wynegocjowanej, podpisanej i ratyfikowanej przez nie konwencji wynika zakaz praktyk, jakie w momencie jej zawarcia były w tych państwach uważane za normalne i oczywiste, często usankcjonowane ich ustawodawstwem.

Sędziowski aktywizm przejawia się głównie w interpretacji przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia co do istoty sprawy, ale czasem ich warunkiem wstępnym jest aktywistyczne rozstrzygnięcie wątpliwości co do właściwości sądu w danej sprawie lub co do zastosowania trybu prowadzącego do wydania merytorycznego rozstrzygnięcia.

Pouczające może być w szczególności operowanie przez sądy konstytucyjne kryterium „normatywności” przedmiotu kontroli – ustalanie, czy badane regulacje mają charakter generalny i abstrakcyjny. Z jednej strony można dopatrywać się „normatywności” mimo wątpliwości co do jej istnienia, by uznać się właściwym do wydania aktywistycznego werdyktu. Aby np. u zarania III RP unieważnić uchwałę Sejmu wzywającą ministra spraw wewnętrznych do złożenia izbie informacji o stanie zasobów archiwalnych dotyczących byłych informatorów komunistycznej policji politycznej¹⁵, nasz TK musiał na wstępie uznać, że inkryminowana uchwała jest aktem normatywnym,

15 Orzeczenie TK z 19 maja 1992 r., sygn. U 6/92, ze zdaniem odrębnym sędziego Wojciecha Łączkowskiego.

i to takim, który trybunał może badać mimo upływu terminu, w którym uchwała miała zostać (i została) wykonana, tracąc moc obowiązującą. Z kolei kilka lat temu uznanie, że uchwała Sejmu określająca zakres działania komisji śledczej powołanej *ad hoc* do zbadania określonej sprawy jest aktem normatywnym, było wstępnym warunkiem ingerencji trybunału w zakres działania tzw. bankowej komisji śledczej¹⁶. Ale, z drugiej strony, badane regulacje mogą być też nieważniane właśnie dlatego, że trybunał nie uznaje ich za normatywne¹⁷. Czeski SK w komentowanej wyżej sprawie uznał, że skrócenie konkretnej kadencji izby ustawodawczej jest w istocie aktem rozstrzygającym jednostkowy przypadek i jako taki musi być w państwie prawnym aktem stosowania prawa, opartym

dze legalistycznej albo inną formą jawnej „tyranii większości”. Okazje do takiego działania sędziów są jednak w normalnym porządku demokratycznym niesłychanie rzadkie. Przypadki zaś „powszedniego” politycznego a.s. są o wiele bardziej dyskusyjne, choć ich oficjalne i nieoficjalne uzasadnienia lubią wskazywać na zagrożenia, które aktywistyczny werdykt ponoć zażęguje.

Adherenci zbyt łatwego a.s. zdają się ignorować mądrość klasyka: „Także w demokracji lud ma swoje przesady, które wiodą go na manowce. Demokracja nie na tym polega, że lud ma zawsze rację, lecz na tym, że w ostatecznym rozrachunku lud jest odpowiedzialny za stan, w jakim się znalazł”¹⁹. Polityczny a.s. jest wyrazem „postdemokratycznej” czy

Politycznego atywizmu sędziowskiego nie uważam za zło absolutne.

In extremis może być usprawiedliwiony.

na normatywnej podstawie konstytucyjnej, dlatego sam nie może przybierać formy ustawy konstytucyjnej. W takich wypadkach sąd skłonny jest abstrahować od tego, że dychotomia akt normatywny – akt indywidualno-konkretny ma charakter modelowy, a w praktyce bywają różnorodne zjawiska pośrednie, w których użycie formy normalnie przewidzianej dla aktu prawodawczego nie zawsze oznacza naruszenie standardów państwa prawnego.

Politycznego a.s. nie uważam za zło absolutne. *In extremis* może być usprawiedliwiony, np. jeśli służy ocaleniu istnień ludzkich¹⁸ czy ochronie demokratycznego ładu przed jego zniesieniem na dro-

„kontrdemokratycznej” intencji zachowania ludu od skutków jego przesądów. Ale w imię czego ci, którzy decydują zamiast ludu, uzurpują sobie taki przywilej? Dlaczego w sporach ideowo-politycznych, często dotyczących zresztą wymiernych interesów, mają oni być nie stronami, lecz sędziami? I jaka jest gwarancja, że nie zastąpią jawnych przesądów ludu, manifestowanych w demokratycznych debatach i decyzjach, przesądami elit skrywanymi za parawanem subtelnych rozumowań prawniczych?

Wspierająca a.s. koncepcja „kontrdemokracji” zakłada, że „choć społeczne zaufanie uznawane jest zwykle za fundament demokracji, bez którego ta ostatnia nieuchronnie musi pogрузić się w kryzysie, to jednak jego przeciwieństwo, czyli społeczna nieufność, jest równie istotnym i konstruktywnym elementem demokratycznego procesu”; w związku z tym coraz większe znaczenie uzyskują „trybunały konstytucyjne,

¹⁶ Wyrok TK z 22 września 2006 r., sygn. U 4/06.

¹⁷ O trudnościach związanych z kryterium rozgraniczenia i o powściągliwości polskiego TK odnośnie do przypadków granicznych por. B. Skwara, *Problem normatywności rozporządzeń w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 1 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁸ Za taki przypadek uważam uznanie przez polski TK niekonstytucyjności liberalizacji ustawy antyaborcyjnej orzeczeniem z 28 maja 1997 r., sygn. K 26/96, z trzema zdaniemiami odrębnymi.

¹⁹ J. Tischner, słowa przytaczane w latach 90. w polskich mediach (cytuję na podstawie własnych notatek).

grupy ekspertów (mędrców), niezależne autorytety”²⁰. Dodajmy, że w praktyce często usiłuje się delegitymizować takie układy odniesienia obywatelskiej nieufności wobec decyzji parlamentu jak tradycja i religia, a dość arbitralnie uznaje się wyższość nieufności nowo wytypowanych elit wobec zaufania „przypadkowej” większości. Okazuje się, że demokratyczne państwo prawa musi czasem funkcjonować jako kontrdemokratyczne państwo prawników, ponieważ lud i jego wybrani przedstawiciele nie są dostatecznie dojrzały, aby np. decydować o zakresie podmiotowym lustracji²¹, regulować udział zainteresowanych korporacji w dopuszczaniu do zawodów prawniczych²² czy stosować zdroworozsądkową wykładnię konstytucji w sprawie przedterminowych wyborów²³.

Można wskazać wiele negatywnych następstw politycznego aktywizmu sądów konstytucyjnych. Tutaj chciałbym zwrócić uwagę na cztery.

Po pierwsze: „oddemokratyzowanie” wykładni ogólnych klauzul konstytucji, uczynienie jej domeną zastrzeżoną dla wąskiej grupy ekspertów. Oka-

20 W. Gromski, dz. cyt., s. 21–22.

21 Por. wyroki TK powołane w przypisach 11 i 14; w roku 2003 chodziło o niekonstytucyjność ograniczenia podmiotowego zakresu lustracji, trzy lata później – jego rozszerzenia.

22 Por. wyroki TK: z 19 kwietnia 2006 r., sygn. K 6/06; z 8 listopada 2006 r., sygn. K 30/06; z 26 marca 2008 r., sygn. K 4/07.

23 Tak w rozpatrywanym kazusie czeskim. O zwycięstwie doktryny nad zdrowym rozsądkiem świadczą także następstwa aktywistycznego wyroku SK. Otóż pragnąc uratować plan jesiennych przedterminowych wyborów, w ciągu kilku dni między ogłoszeniem postanowienia tymczasowego SK i jego końcowego werdyktu eksperci przygotowali projekt nowelizacji konstytucji, którą uchwalono dzień po wyroku (zmiana dokonana ustawą konstytucyjną nr 319/2009 Sb.). Wprowadziła ona do Konstytucji RCz instytucję skrócenia kadencji Izby Poselskiej przez głowę państwa na wniosek uchwalony przez izbę większością trzech piątych ogółu posłów (nowy art. 35 ust. 2 Konstytucji RCz). Po przeanalizowaniu uzasadnienia wyroku SK nie zdecydowano się jednak wykorzystać tej nowej instytucji do ponownego rozpisania przedterminowych wyborów na jesieni 2009 r., ponieważ część ekspertów była zdania, że trybunał również mógłby je unieważnić z tego powodu, iż mechanizm skrócenia kadencji może być stosowany dopiero począwszy od przyszłej kadencji. Już po fakcie, na przełomie roku 2009 i 2010, prezes SK wyznał w telewizji, że gdyby zaraz po nowelizacji ponownie rozpisano przedterminowe wybory, to SK byłoby to zaaprobował. Demokracja jako królik doświadczalny do finazyjnych interpretacji konstytucyjnych?

zuje się, że demokratycznie wybrani deputowani są wprawdzie zdolni do uchwalenia, że państwo ma być oparte na sprawiedliwości i rządach prawa, że ma szanować przyrodzoną godność człowieka, przestrzegać równości wobec prawa, zasad pomocniczości i proporcjonalności itd., ale ponoć nie są zdolni do tego, by wiedzieć, co to naprawdę znaczy, ani do tego, aby o tym demokratycznie debatować. Tym bardziej dotyczy to „zwykłych” obywateli, którzy mogą być wzywani do udziału w tzw. referendum zatwierdzającym, lecz nie ich rzeczą jest interpretować to, co zatwierdzili. Do tego są bowiem ponoć zdolni jedynie członkowie elitarnego grona wtajemniczonych – wybitnych ekspertów konstytucyjnych. Po zamknięciu procesu legislacyjnego są nimi sędziowie trybunału, natomiast na etapie legislacyjnym ich ocenę usiłują antycypować inni wybitni konstytucjonaliści – ci, którym politycy zlecają prawniczą ocenę odpowiednich projektów i którzy uzyskują przez to *de facto* niemałą władzę. Ale przecież i oni mogą różnić się w swoich opiniach i mogą kierować się w nich swoimi politycznymi preferencjami, skrywanymi za parawanem „czysto prawniczych” rozumowań. Bywa, że ustawę, której projekt uznali za oczywiście zgodny z konstytucją, TK później jednak zakwestionuje²⁴. Trudno natomiast oszacować, ile z projektów ustaw zdyskwalifikowanych w „przebiegach” przez konstytucyjnych ekspertów byłoby potem uznanych przez TK jednak za konstytucyjne.

Po drugie: a.s. sprzyja składaniu w ręce trybunału decyzji prawodawczych, które powinny być podejmowane w demokratycznych procedurach. W sprawach trudnych i drażliwych zwalnia to zainteresowanych zmianami z wysiłku i politycznego

24 Dobrym przykładem jest rozbieżność ocen ekspertów sejmowych i sędziów TK w pełnym składzie w sprawie rozstrzygniętej, bez zdań odrębnych, wyrokiem TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. P 1/05 co do kwestii, czy art. 55 ust. 1 Konstytucji RP w pierwotnym brzmieniu (całkowity zakaz ekstradycji obywateli polskich) dopuszczał stosowanie w Polsce europejskiego nakazu aresztowania do obywateli RP. W tej sprawie nie sposób zresztą dopatrzeć się politycznego a.s. po stronie trybunału, ponieważ konstytucyjne uchybienie ustawodawcy było dość ewidentne, a wyrok TK, odraczający skutek derogacyjny o 18 miesięcy, nie udaremnił ani na chwilę stosowania e.n.a. do Polaków, lecz jedynie wymusił szybkie dostosowanie polskiej konstytucji do prawa europejskiego.

ryzyka ich demokratycznego inicjowania i zabiegania o poparcie większości. Oczekują oni, że sprawę załatwi za nich trybunał, a gdy ten wykazuje powściągliwość, staje się ona wygodnym alibi. Należy krótką bywa drogą od postrzegania trybunału jak dobrego cara, który zdejmie (ze mnie i tych, co myślą tak jak ja) jarzmo złych (naszym zdaniem) przepisów, do traktowania go jako chłopca do bicia z powodu jego ponoć niedopuszczalnej (w naszej sprawie) powściągliwości.

Po trzecie: aktywizm sędziowski wzmaga oczekiwania różnych grup pod adresem sądu konstytucyjnego, że będzie on rozstrzygał na ich korzyść spory w sprawach publicznych, które w istocie mają charakter pozaprawny i powinny być rozstrzygane w oparciu o inne kompetencje niż prawnicze. Oto np. polscy przeciwnicy wliczania oceny z religii do szkolnej średniej ocen, nie przekonawszy do swoich racji autorów pedagogicznych, administratorów oświaty ani

którzy musieli uczyć się w szkole nowych reguł ortografii, zaskarżyli jej ministerialną reformę do trybunału, też nie znajdując zrozumienia u sędziów. W czasie rozprawy jeden z członków Federalnego Sądu Konstytucyjnego (FSK) miał mimochodem zapytać: „Czy skarżący naprawdę wierzą, że sędziowie znają się na ortografii?”²⁵.

Po czwarte: a.s., podobnie zresztą jak wspomniany aktywizm argumentacyjny, sprzyja praktycznej aplikacji nowatorskich koncepcji dogmatycznych i prawnofilozoficznych „na skróty”, z pominięciem pożytecznej weryfikacji w procesie wolnego (tzn. i swobodnego, i niespiesznego) krążenia myśli. Dzięki a.s. nowatorska koncepcja teoretyka może szybko uzyskać ważność nie przez swą siłę przekonywania, zdolność urabiania *communis opinio*, lecz dzięki sprawowaniu przez jej autora urzędu sędziowskiego. W ten sposób przemożny wpływ na orzecznictwo mogą wywierać koncepcje, które nie przeszły testu

Aktywizm sędziowski wzmaga oczekiwania różnych grup pod adresem sądu konstytucyjnego, że będzie on rozstrzygał na ich korzyść spory w sprawach publicznych, które w istocie mają charakter pozaprawny.

parlamentarnej większości, idą ze swoim żądaniem do trybunału w przekonaniu (autentycznym albo taktycznie udawanym), że „prawidłowe” rozstrzygnięcie ich sprawy jest ściśle zdeterminowane treścią konstytucji, niczym los człowieka układem gwiazd, i że potrzeba tylko właściwego prawnika – konstytucyjnego astrologa, który owo jedynie słuszne rozwiązanie potrafi z konstytucji trafnie odczytać i odpowiednio zawile uzasadnić. A kiedy trybunał nie odstępuje od domniemania konstytucyjności kwestionowanej przed nim regulacji, naraża się na zarzut stroniczej pobłażliwości. Skłonność do a.s. i jego propagowanie zbiera takie późne żniwo nie tylko u nas. Oto przed kilkunastoma laty w Niemczech rodzice uczniów,

wytrzymałości w nauce, a jednak już przez sam fakt, że nadają kierunek orzecznictwu, uzyskują naukową nobilitację. Można wątpić, czy optymalny będzie rozwój filozofii prawa w kraju, w którym podstawowymi traktatami w tej dziedzinie stają się uzasadnienia orzeczeń sądu konstytucyjnego.

²⁵ Sprawa rozstrzygnięta wyrokiem FSK z 14 lipca 1997 r., 1 BvR 1640/97 (http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs19980714_ibvr164097.html). Konstytucjonaliści reprezentujący skarżących oczywiście wytaczali zasadnicze argumenty konstytucyjne (wyłączność ustawy w regulowaniu obywatelskich obowiązków, prawa rodziców, wolność nauki itd.). Przytoczoną anegdotę opowiedział mi niemiecki prawnik, który przysłuchiwał się rozprawie.

Kelsenowski model sądownictwa konstytucyjnego, do którego nawiązują rozwiązania w państwach postkomunistycznych, zakłada, że porządek prawny wkalkulowuje ryzyko obowiązywania i stosowania ustaw niezgodnych z konstytucją. Po to jednak, aby konstytucja rzeczywiście miała wyższą moc obowiązującą niż inne normy prawne, musi istnieć zespół szeroko rozumianych gwarancji konstytucyjności prawa. Jedną z takich gwarancji jest sąd wyposażony w kompetencję do unieważniania (uchylania) niekonstytucyjnych ustaw. Z tego punktu widzenia doświadczenia z funkcjonowaniem tego typu instytucji w państwach postkomunistycznych wydają się *per saldo* pozytywne. Zarazem z biegiem czasu niektórzy zaczynają dostrzegać niebezpieczeństwo związane z aktywistyczną pokusą sędziów konstytucyjnych, wyposażonych w ogromną władzę w demokratycznym państwie, i wracać do starego pytania: *Quis custodiet ipsos custodes*²⁶. Zresztą nie kto inny niż sam Hans Kelsen dostrzegał takie niebezpieczeństwo, zwracając uwagę na „ryzyko, że sąd konstytucyjny, któremu zostanie przedłożona do rozstrzygnięcia sprawa zgodności z konstytucją określonej ustawy, uchyli ją, uzasadniając to tym, że jest ona niesprawiedliwa, oraz wskazując, że »sprawiedliwość« jest zasadą konstytucyjną i jako taka musi być przezeń stosowana. Znaczyłoby to jednak, że sądowi temu przyznaje się pełnię władzy, która absolutnie nie może być zaakceptowana. To, co większość sędziów konstytucyjnych uznaje za sprawiedliwe, może pozostawać w całkowitej sprzeczności z tym, co za sprawiedliwe uważa większość obywateli, a już na pewno pozostaje w sprzeczności z tym, co za sprawiedliwe uznała większość parlamentu, która właśnie daną ustawę uchwaliła. Oczywiście jest zaś, że sens konstytucji nie może polegać na tym, aby za pomocą bliżej nieokreślonego i tak wieloznacznego słowa jak »sprawiedliwość« czy podobnego uzależniać obowiązywanie każdej ustawy uchwalonej przez parlament od swobodnego uznania sądu konstytucyjnego, czyli gremium obsadzanego w sposób politycznie mniej lub bardziej dowolny»²⁷.

26 Tak L. Morawski w artykule *Zasada... jw.*, s. 59 oraz w recenzji polskiego wydania pracy Kelsena przytoczonej w następnym przypisie, „Forum Prawnicze” 2010, nr 1, s. 91.

27 H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. B. Banaszekiewicz, z posłowiem S. Wronkowskiej, „Studia

Nawiasem mówiąc, „duch czasu” w naszym kraju sprawia, że rozważania takie mają dziś raczej akademicki charakter. W opiniotwórczym mainstreamie a.s. nie jest bowiem postrzegany jako zjawisko wymagające przeciwdziałania, a zgłaszane postulaty zmian w ustroju TK (np. dopuszczenia rad wydziałów prawa do współdecydowania w sprawach wyłaniania sędziów) niewiele mają wspólnego z promowaniem cnoty sędziowskiej powściągliwości²⁸. O ile polityczne krytyki orzeczeń aktywistycznych napotkały stanowczy sprzeciw ze strony publicystów i autorytetów prawniczych głównego nurtu, o tyle jeszcze gwałtowniejsze ataki na orzeczenia uznające zgodność badanej regulacji z konstytucją²⁹ nie spotykały się z żadną reakcją autorytetów.

W duchu Hansa Kelsena należałoby stwierdzić, że nasz porządek prawny wkalkulowuje także ryzyko, iż wśród norm unieważnianych przez sąd konstytucyjny są i takie, które „obiektywnie” są zgodne z konstytucją, choć taki stan koliduje z systemowymi założeniami w stopniu nie mniejszym niż obowiązywanie i stosowanie niekonstytucyjnych ustaw. I tak, jak już udało się stworzyć imponujący zestaw gwarancji konstytucyjności prawa, można na następnym etapie rozwoju zastanawiać się nad gwarancjami sędziowskiej powściągliwości czy minimalizowania skutków aktywizmu. W grę mogą wchodzić różne rozwiązania, ale jedno należy, moim zdaniem, z góry wykluczyć: prawo parlamentu i rządu do spontanicznego nierespektowania (bojkotowania) werdyktów uważanych przez nie za rażąco aktywistyczne. Stabilny ład państwowy, jako

i Materiały Trybunału Konstytucyjnego”, t. XXI, Warszawa 2009, s. 54.

28 Por. zdanie sędziego amerykańskiego SN Antonina Scali z jego wykładu, wygłoszonego w Warszawie 24 sierpnia 2009 r., *Mulłowie Zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, tłum. A. Legutko-Dybowska: „Nie cieszy mnie upolitycznienie procesu nominacji sędziowskich w moim kraju. Jednak szczerze wolę je od alternatywy, jaką są rządy sędziowskiej arystokracji”. Pełny tekst w oryginale i przekładzie: <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf>; zaproszenie wykładowcy i polską edycję tekstu zawdzięczamy śp. rzecznikowi Januszowi Kochanowskiemu.

29 Niedawno w sprawie dotyczącej obniżenia wysokości emerytur byłych funkcjonariuszy policji politycznej PRL ataki te łączyły się nawet z dziennikarskim recenzowaniem intelektualnych kwalifikacji poszczególnych sędziów do sprawowania urzędu.

przeciwieństwo anarchii, musi opierać się na kwalifikowanym domniemaniu zgodności z prawem aktów władzy publicznej. Domniemanie to musi co do zasady wiązać dopóty, dopóki nieważność aktu nie zostanie formalnie stwierdzona w specjalnej, wyraźnie określonej prawem procedurze. Regułą musi więc pozostać unieważnialność (nieważność względna) wadliwych aktów prawa publicznego, nie ich bezwzględna nieważność³⁰. Jeśli zaś prawodawca nie przewidział moż-

na jej treść. Chodzi tu nie tylko o drastyczne przypadki ze sfery *political fiction*, jak wpisanie do konstytucji kierowniczej roli określonej partii, przedłużenie kadencji Sejmu o 20 lat czy powierzenie wymiaru sprawiedliwości organom administracji rządowej. Nietrudno wyobrazić sobie zmiany bardziej subtelne, poniekąd graniczne, otwierające pole dla – usprawiedliwionego albo nieusprawiedliwionego – aktywizmu sędziowskiego.

Sądownictwo konstytucyjne to sfera, w której niemożliwe staje się możliwe.

liwości weryfikacji aktów określonego typu, to okoliczność ta nie może upoważniać do ich nierespektowania przez inne organy państwa³¹.

*

Wypada jeszcze zapytać, czy także w naszym kraju wyobrażalne jest unieważnienie przez TK regulacji rangi konstytucyjnej, dokonanej z zachowaniem wszystkich wymagań proceduralnych, ze względu

Niejeden polski prawnik powie, że w naszym systemie prawa, nieróżnicującym norm konstytucyjnych pod względem ich mocy obowiązującej, w szczególności wobec braku w ustawie zasadniczej tzw. klauzuli wieczystej, unieważnienie przez TK norm o randze konstytucyjnej z powodu ich treści jest niemożliwe. I zapewne będzie mieć rację – tak samo, jak rację mieli ci konstytucjonaliści czescy, którzy przed 10 września 2009 r. publicznie przekonywali, że w ich kraju nie do pomyślenia jest, aby trybunał uchylił ustawę konstytucyjną, zwłaszcza z powodu jej treści. Sądownictwo konstytucyjne to sfera, w której niemożliwe staje się możliwe.

Konstytucja PRL (po nowelizacji z grudnia 1989 r.: RP) nie przewidywała wprost stanowienia norm rangi konstytucyjnej poza jej tekstem, regulując jedynie tryb „zmiany konstytucji”, dokonywanej ustawą uchwalaną kwalifikowaną większością³². Praktyka, zresztą nawiązując do wcześniejszych wzorów, знаła jednak zarówno uchwalane w tym trybie akty zatytułowane „Ustawa o zmianie Konstytucji”, wprost ingerujące w tekst tejże, jak i akty zatytułowane „Ustawa konstytucyjna o ...”; które bądź zawierały systemowe regulacje obowiązujące równoległe z Konstytucją, bądź ustanawiały swego rodzaju wyłomy *ad hoc* od systemowych reguł konstytucyjnych. Wyłomy takie polegały na dostosowaniu długości bieżącej kadencji

30 Por. H. Kelsen, dz. cyt., s. 30–32. Austriacki autor sceptycznie podchodzi do możliwości teoretycznego rozgraniczenia aktów bezwzględnie nieważnych, unieważnialnych i tzw. nieaktów, twierdząc że „na pytanie, gdzie przebiega granica (...) teoria prawa nie może odpowiedzieć za pomocą jednej, uniwersalnej formuły. Tylko pozytywny porządek prawny mógłby sprostać temu zadaniu, ale z reguły tego nie czyni, a w każdym razie nie czyni tego w sposób świadomy i precyzyjny” (s. 32). Kelsen trafnie zauważa, że w prawie publicznym sytuacja jest poniekąd przeciwna do tej w prawie prywatnym, gdzie regułą jest nieważność bezwzględna niezgodnych z prawem czynności prawnych (s. 31). Dodajmy, że w sferze prawa prywatnego także nieważność względna jest z reguły określona mniej rygorystycznie, ponieważ do unieważnienia jednej czynności prawnej podmiotu prywatnego (podmiotów prywatnych) wystarczy często inna czynność prawna (jednostronna) takiego podmiotu, w prawie publicznym potrzebny jest natomiast akt organu władzy wydany w odpowiednim postępowaniu.

31 Pomijam tu tzw. nieakty – zjawiska, których nie sposób rozsądnie traktować jako wiążące akty władzy z powodu oczywistego niezachowania minimum wymagań formalnych i proceduralnych. Pomijam także sytuacje tzw. nieposłuszeństwa obywatelskiego, które odnosi się do relacji między władzą a jednostką, a nie między organami władzy.

32 Art. 96 według pierwotnej numeracji, art. 106 według numeracji po zmianach z 1976 r.

Sejmu PRL do nowych preferencji politycznych w specyficznym momencie historycznym. W trybie ustawy *de nomine* konstytucyjnej skrócono *ad hoc* kadencję Sejmu PRL po dojściu do władzy ekipy Gierka³³. Podobnie, choć przy zastosowaniu nieco innej techniki legislacyjnej, skrócono *ad hoc* kadencję Sejmu w wyniku Okrągłego Stołu: odpowiedni przepis umieszczono w ustawie zmieniającej Konstytucję PRL, jako jej przedostatni przepis końcowy³⁴. W obu wypadkach przedterminowe wybory wiązały się z pewnymi – w 1989 r. głębszymi – tendencjami liberalizacyjnymi i nikomu nie przyszłoby chyba do głowy, żeby kwestionować owe akty konstytucyjne z powodu niespełnienia finezyjnego wymagania doktrynalnego, że doraźne skrócenie kadencji powinno być aktem stosowania prawa, i to najlepiej prawa obowiązującego co najmniej od wyboru deputowanych danej kadencji. Gdyby jakiś trybunał uznał wówczas ów kosmetyczny defekt odnośnej ustawy za powód do jej unieważnienia, to niewątpliwie uznano by to za przejaw antydemokratycznej uzurpacji.

Należy jednak także pamiętać, że w PRL w latach osiemdziesiątych, gdy stan pacyfikacji społeczeństwa nie pozwalał jeszcze na bezpieczne przeprowadzenie tzw. wyborów, użyto formy ustawy konstytucyjnej do bezterminowego w istocie przedłużenia bieżącej kadencji Sejmu³⁵. Gdyby wtedy działał trybunał, który unieważniłby taką ustawę konstytucyjną z powodu naruszenia fundamentalnych zasad, nie mówilibyśmy chyba o akcie uzurpacji.

W III RP, której ustawa zasadnicza przewiduje skrócenie *ad hoc* kadencji Sejmu uchwałą izby podjętą większością co najmniej dwóch trzecich głosów ustawowej liczby posłów³⁶, a przy tym w doktrynie prawa konstytucyjnego panuje pogląd, że wobec

33 Ustawa konstytucyjna z 22 grudnia 1971 r. o upływie kadencji Sejmu PRL (Dz.U. nr 36, poz. 311).

34 Art. 5 ustawy z 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji PRL (Dz.U. nr 19, poz. 101).

35 Ustawa konstytucyjna z 13 lutego 1984 r. o przedłużeniu kadencji Sejmu PRL (Dz.U. nr 9, poz. 33). W akcie tym nie określono czasu, o jaki przedłuża się kadencję, a jedynie zobowiązano Sejm do określenia terminu jej upływu w drodze ustawy zwykłej, która miała być uchwalona do końca roku.

36 Art. 98 ust. 3 Konstytucji RP z 1997 r.

zamkniętego katalogu źródeł prawa polski ustawodawca konstytucyjny nie ma podstaw do ustanawiania – na wzór amerykański, austriacki, czeski czy słowacki – poza tekstem aktu nazwanego „Konstytucja RP” odrębnych ustaw konstytucyjnych dopełniających zawarte w nim regulacje lub stanowiących *lex specialis*³⁷, uchwalenie ustawy konstytucyjnej skracającej kadencję Sejmu byłoby i zbędne, i formalnie niedopuszczalne. Pomijając to szczegółowe zagadnienie i ten aspekt techniki legislacyjnej, można postawić zasadnicze pytanie: czy polski ustawodawca konstytucyjny może na drodze legalistycznej, zachowując tryb określony w art. 235 Konstytucji RP, dokonywać dowolnych treściowo zmian w obowiązującym stanie konstytucyjnym, czy też jednak podlega ograniczeniom wyznaczonym przez jakieś „niezmienne materialno jądro konstytucji”, na którego strażę powinien stać TK?

Komentarze do Konstytucji RP poświęcają tej sprawie, jak zresztą w ogóle problemowi konstytucyjności ustaw uchwalanych w trybie zmiany konstytucji oraz specyfice kontroli sprawowanej w takich przypadkach przez TK, niezbyt dużo uwagi, a niektóre w ogóle kwestie te pomijają. W renomowanym komentarzu w uwagach do art. 188 czytamy: „Kontroli TK nie podlegają natomiast ustawy o zmianie konstytucji, w każdym razie gdy chodzi o ocenę ich treściowej zgodności z konstytucją. Polska konstytucja nie różnicuje bowiem rangi prawnej swych przepisów. Natomiast wyobrażalna byłaby kontrola takiej ustawy z punktu widzenia prawidłowości jej dojścia do skutku”³⁸. Nieco szerzej ustosunkowuje się ten sam komentarz do naszego problemu w kontekście art. 235, stwierdzając, że dokonywana przez TK kontrola zgodności z konstytucją ustawy o zmianie konstytucji jest ograniczona do kontroli tzw. konstytucyjności zewnętrznej – obejmuje „kontrolę kompetencyjną” (czy organy biorące udział w nowelizacji

37 Tak m.in.: L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. II, Warszawa 2007, s. 45; Z. Sokolewicz, uwagi do art. 235 (stan na 31 grudnia 2000) [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. II, Warszawa 2001, s. 3 i 8–9. Mówi się w związku z tym o wymogu zastosowania techniki „inkorporacji” zmian konstytucyjnych; notabene analogiczny wymóg Ustawa zasadnicza RFN, inaczej niż Konstytucja RP, ustanawia *expressis verbis* w art. 79 ust. 1.

38 L. Garlicki, uwagi do art. 188 (stan na 1 sierpnia 2007) [w:] *Konstytucja RP...* jw. t. V, s. 14.

działały w granicach swoich kompetencji) oraz „kontrolę proceduralną” (czy dochowano obowiązującego trybu zmian konstytucyjnych), wykluczone jest natomiast badanie *meritum* uchwalonych zmian³⁹.

Problem jednak w tym, że jednym z elementów kompetencji do wydania aktu jest wytyczenie pola możliwych regulacji. To zaś prowadzi nas do pytania, czy kompetencja do dokonywania zmiany konstytucji jest na pewno przedmiotowo nieograniczona, czyli obejmuje upoważnienie do wprowadzenia, na drodze legalistycznej, dowolnych zmian w stanie konstytucyjnym⁴⁰. Tak więc rozważając wyłącznie zagadnienie kompetencji do zmiany konstytucji, jeśli czynimy to wnikliwie, dojdziemy do pytania o istnienie i treść „niezmiennego materialnego jądra konstytucji”, a tym samym o przedmiotowe ograniczenia kompetencji ustawodawcy konstytucyjnego. Pytanie to jest aktualne nie tylko na gruncie tych porządków konstytucyjnych, w których ustawach zasadniczych umieszczono wyraźne klauzule wieczyste⁴¹. Wszak

Trybunał Konstytucyjny w Austrii, której konstytucja nie zna takiej klauzuli, a prawnicza tradycja zwykła wiązać moc obowiązującą konstytucji jedynie ze szczególnym trybem jej zmiany, w jednym z wyroków zasygnalizował – pozostawiając otwartą – wątpliwość, czy nawet w trybie wystarczającym do tzw. całościowej zmiany konstytucji federalnej dopuszczalna byłaby dowolna zmiana jej treści⁴².

Niemiecki FSK już kilkakrotnie badał nowelizacje ustawy zasadniczej pod kątem ich zgodności z klauzulą wieczystą, i to w sprawach o dużym ciężarze gatunkowym: rozszerzenia dopuszczalności inwigilacji obywateli⁴³ oraz usankcjonowania skutków komunistycznej reformy rolnej⁴⁴; za każdym razem uznał jednak, że ustawodawca konstytucyjny nie naruszył klauzuli wieczystej. Szkoda, że czeski SK zdecydował się przekroczyć Rubikon akurat w związku z kosmetycznym defektem regulacji przedterminowych wyborów, co jakby przesłania właściwy wymiar idei ochrony materialnego jądra konstytucji. Z pewnością jednak idea ta ma swoje racjonalne jądro. I choć z punktu widzenia naszych polskich problemów sprawa wydaje się na razie egzotyczna, to warto o niej spokojnie dyskutować, zanim życie być może niespodziewanie postawi ją na porządku dziennym także u nas.

39 W. Sokolewicz, dz. cyt., s. 71–74. Podobnie w poprzednim stanie konstytucyjnym K. Wojtyczek, *Czy Trybunał Konstytucyjny może badać zgodność ustawy konstytucyjnej z konstytucją?* [w:] *Zagadnienia współczesnego prawa konstytucyjnego*, red. A. Pułło, Gdańsk 1993, s. 121–124. Nawiasem mówiąc, pierwszy autor przedstawia dyskusyjny pogląd, że w obecnym stanie prawnym TK może badać konstytucyjność ustawy zmieniającej konstytucję tylko i wyłącznie w trybie kontroli prewencyjnej, inicjowanej przez Prezydenta RP; polemika wykraczałaby poza temat niniejszych uwag.

40 Por. przegląd poglądów uzasadniających przeczącą odpowiedź na to pytanie w artykule: P. Holländer w artykule *O niezmienności materialnego jądra konstytucji*, tłum. B. Banaszkiewicz, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 1, s. 24–45.

41 W Konstytucji RP można zresztą dopatrzeć się pewnej, niemającej postaci wyraźnego zakazu zmian, „proklamacji wieczystej”: w ostatnim zdaniu preambuły jako „niewzruszoną” (także dla ustawodawcy konstytucyjnego?) podstawę RP wskazuje się przyrodzoną godność człowieka, jego prawo do wolności i obowiązek solidarności z innymi; o nienaruszalności przyrodzonej godności człowieka i obowiązku jej poszanowania i ochrony przez władze publiczne (moim zdaniem – nie wyłączając ustawodawcy konstytucyjnego) mowa jest też w art. 30. W piśmiennictwie szwajcarskim dyskutowano o granicach dowolności zmian tamtejszej konstytucji na gruncie poprzedniego stanu prawnego, zanim do ustawy zasadniczej z 1999 r. wprowadzono klauzulę wieczystą; por. U. Häfelin, W. Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Ein Grundriss*, Zürich 1984, s. 9–10 oraz przytoczone tam publikacje.

42 Tak w wyroku z 11 października 2001 r., sygn. G 12/00 17 i in., przytoczonym wyżej przez Z. Koudelkę. Trybunał uchylił jeden z przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, któremu nadano rangę normy konstytucyjnej (taką technikę dopuszcza austriacka konstytucja, z czego korzystają czasem parlamentarne koalicje w celu „immunizowania” kontrowersyjnych regulacji przeciw groźbie ich zaskarżenia do TK z powodu merytorycznej niekonstytucyjności). Według trybunału wyłączenie całej kategorii aktów administracyjnych spod kontroli sądowej nie może być dokonane w formie „zwykłej” ustawy konstytucyjnej, do której wejścia w życie – inaczej niż w przypadku całościowej zmiany konstytucji – nie jest wymagana zgoda obywateli wyrażona w referendum. W *obiter dictum* TK zasygnalizował „wątpliwość”, czy taka zmiana byłaby dopuszczalna nawet w kwalifikowanym trybie całościowej zmiany konstytucji.

43 Wyroki: z 15 grudnia 1970 r., sygn. 2 BvF 1/69 i in. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bvo30001.html>) oraz z 3 marca 2004 r., sygn. 1 BvR 2378/98 (http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html).

44 Wyrok z 23 kwietnia 1991 r., sygn. 1 BvR 1170/90 i in. (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bvo84090.html>).